

INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Magnus Killander

1 Introdução

Cortes e órgãos quase judiciais regionais de direitos humanos desempenham um papel importante em providenciar remédios individuais e estruturais em caso de violações de direitos humanos, além de contribuírem para o desenvolvimento do direito internacional de direitos humanos (HEYNS; KILLANDER, 2010). Este artigo analisa métodos utilizados pela Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte Europeia), pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão Interamericana), pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte Interamericana) e pela Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Comissão Africana) para interpretar os dispositivos dos respectivos tratados encarregados de monitorar.¹

Em geral, normas de direitos humanos são imprecisas, quer em cartas nacionais de direitos, quer em tratados regionais ou globais de direitos humanos. É preciso, portanto, que tribunais nacionais e internacionais, além de órgãos quase judiciais sejam capazes de estabelecer regras claras de interpretação dessas normas. Não há dispositivos específicos na Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção Europeia), na Convenção Americana ou na Carta Africana sobre como esses tratados devem ser interpretados.² Como será demonstrado abaixo, tribunais regionais de direitos humanos têm frequentemente seguido as regras de interpretação de tratados estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Convenção de Viena). Apenas Estados são parte dessa Convenção, embora ela seja reconhecida como direito costumeiro internacional e, portanto, aplicável também a órgãos internacionais de monitoramento de direitos humanos, como confirmado pela jurisprudência da Corte Europeia, além da Comissão e da Corte interamericanas (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Golder v. United Kingdom*, 1975; INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Cases no 9777 and 9718 (Argentina)*, 1988, § V.(6); INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 2005c).³

Ver as notas deste texto a partir da página 174.

Em geral, reconhece-se que tratados de direitos humanos possuem uma natureza especial. No caso *Massacre de Mapiripán*, a Corte Interamericana (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 2005c, § 104) decidiu que:

Desde suas primeiras decisões, a Corte tem fundamentado a sua jurisprudência na natureza especial da Convenção Americana no marco do Direito Internacional de Direitos Humanos. Tal Convenção, como outros tratados de direitos humanos, são inspirados por valores comuns superiores (com especial foco na proteção do ser humano), possuem mecanismos de monitoramento específicos, são aplicados de acordo com o conceito de garantias coletivas, consagram obrigações de caráter fundamentalmente objetivo, e sua natureza é especial vis-à-vis outros tratados que regulam interesses recíprocos entre os Estados Partes.

No entanto, a natureza especial dos tratados de direitos humanos não implica que tais tratados devam ser interpretados de maneira inconsistente com a Convenção de Viena (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 2005c, § 106). De fato, métodos de interpretação adotados pelos tribunais regionais, como, por exemplo, o significado autônomo das normas dos tratados, e a interpretação evolutiva e efetiva, podem ser facilmente encaixados no marco da Convenção de Viena (VANNESTE, 2010, p. 227; CHRISTOFFERSEN, 2009, p. 61).

Em primeiro lugar, este artigo analisa os artigos pertinentes da Convenção de Viena e o que a Corte Europeia, a Corte Interamericana, a Comissão Interamericana e a Comissão Africana já pronunciaram sobre interpretação de tratados. O artigo conclui analisando três estudos de casos sobre métodos de interpretação por tribunais regionais de direitos humanos: punição corporal, julgamento de civis por cortes militares e obrigações positivas em direitos humanos. Os estudos de caso foram escolhidos por causa da existência, nos três sistemas regionais, de casos sobre esses temas.

2 Interpretação dos tratados de direitos humanos

2.1 O papel da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

O artigo 31(1) da Convenção de Viena estabelece que: “Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. O inciso 3º estabelece que qualquer acordo posterior ou prática do Estado que indique acordo ou regras pertinentes ao direito internacional devem ser levados em consideração ao interpretar o tratado. O artigo 32 determina meios suplementares de interpretação.

Raramente os dispositivos de tratados de direitos humanos são tão claros que apenas uma análise textual do dito dispositivo satisfaria o intérprete. Muitas vezes o “sentido comum” de um termo não pode ser determinado sem considerar o contexto. Tal contexto abrange o texto do tratado como um todo, incluindo seu preâmbulo (VILLIGER, 2009, p. 427). Tribunais regionais de direitos humanos têm ressaltado a importância do contexto de um tratado. De acordo com a Corte

Europeia, “a Convenção deve ser lida como um todo” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Soering v. UK*, 1989, § 103). A Comissão Africana já confirmou que “a Carta deve ser interpretada holisticamente”⁴ (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, *Legal Resources Foundation v. Zambia*, 2001a, § 70).

O requisito de uma interpretação “à luz de seu objetivo e finalidade” e “de boa-fé” procura assegurar “a efetividade de seus dispositivos” (VILLIGER, 2009, p. 428). Tanto a Corte Europeia, quanto a Corte Interamericana têm destacado a importância dessa “efetividade” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, 1993b, § 42; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Ricardo Canese v. Paraguay*, 2004a, § 178; AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, *Scanlen and Holderness v. Zimbabwe*, 2009, § 115). No caso *Blake contra Guatemala* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1998, § 96), a Corte Interamericana estabeleceu que “o artigo 8(1) da Convenção deve ser interpretado de maneira ampla a fim de que tal interpretação possa ser endossada tanto pela literalidade do texto desta norma, quanto por sua essência”. A necessidade de efetividade decorre da natureza vaga de muitos dispositivos de direitos humanos. Estados têm, de fato, incumbido tribunais internacionais com o mandato de interpretar o que, muitas vezes, não se trata de regras claras, mas sim “objetivos ou parâmetros” (VANNESTE, 2010, p. 257).

O objetivo e finalidade dos tratados de direitos humanos e o critério de efetividade pressupõem uma interpretação não restritiva destes tratados. Por exemplo, no caso *Aminu contra Nigéria* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2000a), o autor estava “escondido por temer por sua vida”. A Comissão Africana decidiu (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2000a, § 18) que “seria uma interpretação restritiva do direito à vida supor que este somente possa ser violado se o autor perdesse de fato a sua vida”. No mesmo sentido, a Corte Interamericana estabeleceu que (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 2005c, § 106) “ao interpretar a Convenção, deve-se escolher a opção mais favorável para a proteção dos direitos consagrados nesse instrumento, com base no princípio da regra mais favorável ao ser humano”. Este princípio “mais favorável” é, por vezes, chamado de princípio *pro homine*.⁵

Os casos a seguir esclarecem esses princípios interpretativos. No caso *Caballero Delgado e Santana contra Colômbia* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1995, § 67), a Corte Interamericana determinou que a expressão “recomendações”, presente na Convenção Americana, referente às decisões proferidas pela Comissão Interamericana, deveria, à luz da Convenção de Viena, ser “interpretada em conformidade com seu sentido comum (...). Por isso, uma recomendação não possui o caráter de uma decisão judicial vinculante cujo descumprimento daria ensejo à responsabilização do Estado”. No caso *Loayza-Tamayo contra Peru* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1997, § 80), a Corte fez referência a suas decisões anteriores sobre o tema, mas ressaltou que, de acordo com o princípio de boa-fé, estabelecido pela Convenção de Viena, os Estados deveriam “adotar as medidas necessárias para implementar as recomendações da Comissão Interamericana”.

No caso *Golder contra Reino Unido* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1975), a Corte Europeia estabeleceu que o acesso ao judiciário é um direito implicitamente reconhecido nos direitos processuais estabelecidos pelo artigo 6º da Convenção, já que regras processuais não teriam qualquer sentido sem que fosse garantido o acesso ao judiciário em primeiro lugar. Vanneste (2010, p. 247) menciona *Golder* como um caso que pode ser classificado como um exemplo de “interpretação evolutiva”, no sentido discutido abaixo. No entanto, a Corte Europeia se valeu, no caso *Golder*, da ideia de “efetividade” das normas de direitos humanos, ao invés de decidir à luz de mudanças conjunturais. O uso do princípio de efetividade também é ilustrado nos casos mencionados abaixo sobre obrigações positivas.

Não é apenas o objetivo e a finalidade do tratado como um todo que é relevante (Cf. ORAKHELASHVILI, 2008, p. 353). No caso *Litwa contra Polônia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2000), a Corte Europeia interpretou o artigo 5(1)(e), que permite a “detenção legal de pessoas susceptíveis de propagar uma doença contagiosa, alienados mentais, de alcoólatras, de toxicômanos ou de indigentes”. A Corte fez referência ao objetivo e finalidade do artigo 5(1)(e) para determinar que, em sua opinião, as pessoas enquadradas nas categorias previstas no artigo 5(1)(e) podem ser detidas não apenas pela ameaça que representam à “saúde pública”, mas para o seu próprio bem. A Corte concluiu, ainda, que o termo “alcoólatras” não deveria ser entendido apenas em seu sentido comum, ou seja, pessoa viciada em álcool, mas também aqueles “cuja conduta e comportamento sob o efeito do álcool apresentam uma ameaça para a ordem pública ou para eles mesmos” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Litwa v. Poland*, 2000, § 60-61). A Corte confirmou esse entendimento fazendo referência aos trabalhos preparatórios [*travaux préparatoires*] da Convenção (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Litwa v. Poland*, 2000, § 63). A Corte estendeu o escopo além do texto literal do artigo 5(1)(e), apesar de ressaltar que “não pode ser dada uma interpretação extensiva às exceções a uma regra geral” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Litwa v. Poland*, 2000, § 59). Para a Comissão Africana, as limitações também devem ser interpretadas restritivamente (e.g. *Legal Resources Foundation contra Zâmbia*) (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2001a, § 70).

Tanto a Corte Européia, quanto a Corte Interamericana, em diversas ocasiões, deixaram claro que os dispositivos dos tratados possuem significados autônomos; independentes, portanto, da definição desses termos no direito interno⁶ (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Pellegrin v. France*, 1999; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 2005c, § 187; VANNESTE, 2010 p. 229-242). Para os termos que são usados diferentemente pelos distintos Estados membros, a corte internacional deve estabelecer uma definição no âmbito internacional. O desenvolvimento de um significado autônomo para os termos dos tratados pode ser justificado a partir do sentido atribuível a esses termos à luz de seu objetivo e finalidade (VANNESTE, 2010, p. 234), ou com base no disposto no artigo 31(4), segundo o qual “um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes”. Na procura por um sentido comum, a Corte Europeia, na maioria dos casos, busca por um “denominador comum” entre os Estados membros, ao passo que a Corte Interamericana procura inspiração

em instrumentos internacionais (VANNESTE, 2010, p. 239-240). Raramente esses diferentes métodos levam a resultados díspares no que diz respeito ao sentido autônomo de um dispositivo dos tratados.

O artigo 31(3)(b) da Convenção de Viena estabelece que “qualquer prática seguida posteriormente (...) pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação” deve ser considerada “juntamente com o contexto” na interpretação dos dispositivos dos tratados. Instrumentos quase legais [*soft law*], por exemplo resoluções adotadas por órgãos políticos de organizações internacionais, poderiam indicar o consenso crescente sobre determinada questão e, portanto, poderiam ser consideradas “práticas” no sentido do artigo 31(3)(b). Tal conceito de prática para efeitos de interpretação de tratados está nitidamente relacionado com a formação do direito costumeiro internacional, seja no âmbito regional, seja global. Tradicionalmente, o direito costumeiro internacional tem sido formado por meio de práticas dos Estados, juntamente com o elemento *opinio juris* (indicação de que o Estado considera que tal prática corresponde a uma obrigação jurídica). No entanto, cada vez mais, cortes e acadêmicos têm reconhecido que *opinio juris* e declarações verbais dos Estados são, por si só, capazes de formar direito costumeiro internacional (WOUTERS; RYNGAERT, 2009, p. 119). No entanto, a aplicação de tal novo direito costumeiro internacional, no contexto de tratados de direitos humanos, está claramente limitada pelo texto do próprio tratado em questão.

Muitos poderiam argumentar que o artigo 31(3)(b) aplica-se apenas à prática de Estados (VILLIGER, 2009, p. 431). No entanto, a *International Law Association* (ILA) tem adotado uma interpretação mais abrangente para esse dispositivo, defendendo que o trabalho dos órgãos de monitoramento de tratados da ONU, sob a forma de comentários gerais e decisões sobre comunicações individuais, constitui “prática posterior” no sentido da Convenção de Viena, especialmente quando os Estados não contestam tal interpretação (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 2004, § 20-21). Tribunais regionais poderiam, portanto, considerar recomendações de órgãos especializados da ONU como uma prática posterior no sentido do artigo 31(3)(b). A jurisprudência de tribunais regionais, igualmente, poderia ser considerada uma prática posterior no que diz respeito aos tratados submetidos à sua jurisdição (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Soering v. UK*, 1989, § 103; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 1991, § 100). No entanto, tal interpretação apenas reforça o mandato dos tribunais regionais para fundamentar suas decisões em seus próprios precedentes, uma prática já recorrente entre esses tribunais. De fato, como discutido abaixo, raramente um tribunal regional muda sua posição sobre uma determinada questão. Embora a jurisprudência de tribunais de outras regiões não possa ser considerada uma prática para efeitos de interpretação no sentido do artigo 31(3)(b), tais precedentes podem ser utilizados por outros tribunais como meios suplementares de interpretação.

O artigo 31(3)(c) estabelece que “regras pertinentes de Direito Internacional” devem ser levadas em consideração na interpretação de um dispositivo de tratado. De acordo com Orakhelashvili (2008, p. 366), o artigo 31(3)(c) diz respeito apenas a “regras consolidadas de Direito Internacional”. Por exemplo, se um tratado de direitos humanos da ONU, amplamente ratificado, possui um dispositivo de

claro sentido que pode vir a auxiliar na interpretação de um tratado regional, ele deveria ser levado em consideração pelo tribunal na aplicação deste tratado. A Corte Europeia, neste sentido, se baseou na proibição de *non-refoulement* [“não devolução”] estabelecida pela Convenção da ONU contra Tortura para encontrar uma obrigação de mesma natureza na Convenção Europeia (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Soering v. UK*, 1989, § 88). Segundo as Cortes Europeia e Interamericana, não é requisito obrigatório que o Estado em questão tenha ratificado o tratado internacional usado para interpretar o tratado regional (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Demir and Baykara v. Turkey*, 2008a, § 78; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Proposed amendments to the naturalization provision of the Constitution of Costa Rica, Advisory opinion*, 1984, § 49).

O artigo 32 da Convenção de Viena estabelece que “meios suplementares de interpretação” podem ser utilizados para “confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31.” Meios suplementares podem também ser utilizados quando o sentido de um dispositivo, mesmo depois de interpretado conforme o artigo 31, ainda se mostra “ambíguo ou obscuro” ou conduziria a um resultado “absurdo ou desarrazoado”. Meios suplementares de interpretação incluem trabalhos preparatórios e circunstâncias da conclusão do tratado. A lista de meios suplementares não é exaustiva. Por exemplo, uma vez que não são reconhecidos pelo artigo 31(3), a interpretação comparada e os instrumentos quase legais [*soft law*] constituiriam meios suplementares de interpretação.

Como demonstrado acima, tribunais regionais em grande medida adotam os métodos interpretativos estabelecidos pela Convenção de Viena. Tais métodos foram resumidos pela Corte Europeia no caso *Rantsev contra Chipre e Rússia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2010a), no qual a Corte reconheceu que o artigo 4º da Convenção Europeia sobre escravidão e servidão, também abrange tráfico humano, nos seguintes termos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 2010a, § 273-275, referências omitidas):

A Convenção, sendo um tratado internacional, deve ser interpretada à luz das regras de interpretação estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 23 de maio de 1969. De acordo com o regime estabelecido pela Convenção, a Corte deve estabelecer o sentido comum atribuível às palavras utilizadas pelo tratado em seu contexto e à luz do objetivo e finalidade do dispositivo a partir do qual elas são extraídas. A Corte deve levar em consideração o fato de que o dispositivo em questão se insere no contexto formado por um tratado que visa proteger de maneira efetiva direitos humanos individuais e que a Convenção deve ser analisada em seu conjunto, e interpretada de maneira que promova a coerência e harmonia internas entre os seus diversos dispositivos. Também deve ser dada consideração a quaisquer regras e princípios pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre os Estados Partes. Além disso, a Convenção deveria, na medida do possível, ser interpretada em harmonia com outras regras de direito internacional da qual faça parte. Finalmente, a Corte enfatiza que o objetivo e a finalidade da Convenção, como um instrumento de proteção de indivíduos, demanda que os seus dispositivos sejam interpretados e aplicados com vistas a tornar suas garantias concretas e efetivas.

As seções a seguir analisarão os diferentes métodos de interpretação utilizados por tribunais regionais quanto à pertinência do consenso regional, bem como no que diz respeito à utilização de instrumentos quase legais [*soft law*] nos âmbitos regionais e globais e o diálogo judicial.

2.2 *Abordagem do instrumento vivo, consenso regional e margem de discricionariedade*

No caso *Tyrer contra Reino Unido* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1978b, § 31), discutido acima, a Corte Europeia decidiu que:

A Convenção é um instrumento vivo que ... deve ser interpretado à luz das circunstâncias atuais. No caso perante a Corte, ela não pode senão ser influenciada pelos avanços e parâmetros comuns aceitos pelos Estados membros do Conselho Europeu no que diz respeito à política criminal nessa área. [...]

No caso *Massacre de Mapiripán contra Colômbia* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005c, § 106), a Corte Interamericana decidiu, citando o caso *Tyrer*, que a interpretação de tratados de direitos humanos “deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições atuais de vida”. Pronunciamentos semelhantes foram feitos posteriormente em diversos casos. A Comissão Africana ainda não fez referência expressa a essa doutrina.

A abordagem de tratados como instrumentos vivos pode, como demonstrado acima, ser derivada da “prática seguida posteriormente na aplicação do tratado” e “regras pertinentes de Direito Internacional”, segundo o artigo 31(3)(b) e (c) da Convenção de Viena (KAMMINGA, 2009, p. 10). Outra possibilidade é vê-la como parte do objetivo e finalidade do tratado (VANNESTE, 2010, p. 245). A intenção dos autores das convenções de direitos humanos é “proteger indivíduos contra os perigos do futuro, bem como das ameaças do passado” (OVEY; WHITE, 2006, p. 47). Originalismo, como método interpretativo que leva em consideração a intenção dos Estados contratantes com relação a partes específicas do tratado, ocupa um papel bem limitado no que diz respeito à interpretação de tratados de direitos humanos (LETSAS, 2007, p. 59). Tribunais regionais aplicam de formas distintas o parâmetro do tratado como “instrumento vivo”, como descrito abaixo.

A Corte Europeia, muitas vezes, compara a posição dos Estados membros para determinar o alcance de um direito impreciso ou para estabelecer quais limitações a um direito podem ser consideradas “razoáveis” ou “necessárias” (OVEY; WHITE, 2006 p. 48-50). Consenso não significa o mesmo que unanimidade, mas sim indica que a ampla maioria dos Estados adota determinada posição à luz do objetivo e finalidade do tratado (VANNESTE, 2010, p. 265). Quando não há consenso regional, a Corte Europeia repetidas vezes reconheceu que o Estado desfruta de uma maior “margem de discricionariedade” [*margin of appreciation*] na escolha de qual política adotar. A margem de discricionariedade tem sido muitas vezes aplicada em casos referentes a limitações aos direitos

reconhecidos na Convenção Europeia, particularmente o artigo 8º (direito à privacidade), artigo 9º (liberdade de religião), artigo 10 (liberdade de expressão) e artigo 11 (liberdade de reunião e associação) e artigo 1º do primeiro protocolo à Convenção (direito à propriedade). A Corte também utilizou essa doutrina em casos referentes a cláusulas de “devido processo”, estabelecidas pelos artigos 5º e 6º da Convenção, e casos sobre a derrogação de direitos de acordo com o artigo 15 (ARAI-TAKAHASHI, 2002). Em alguns casos, a Corte estendeu a aplicação da doutrina da margem de discricionariedade a outros direitos. Por exemplo, no caso *Vo contra França* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2004b, § 82), referente a aborto acidental de um feto por negligência médica, a Corte decidiu que estabelecer o sentido de “todos”, presente no artigo 2º (direito à vida), se insere na margem de discricionariedade dos Estados membros (criticado por VANNESTE, 2010, p. 319).

No que diz respeito às cláusulas restritivas de direitos, a ausência de um consenso regional apenas revela a existência de certa margem de discricionariedade. Os contornos exatos dessa margem, por sua vez, serão delimitados com base nas hipóteses que permitem tal limitação. Isto pode ser exemplificado pela visão da Corte acerca do uso do véu islâmico em instituições de ensino. No caso *Dahlab contra Suíça* (2001), uma professora de escola primária foi proibida de vestir o véu em sala de aula, e no caso *Leyla Sahin contra Turquia* (2004) estudantes universitárias foram proibidas de usar o véu. Em ambos os casos, a Corte aplicou a margem de discricionariedade dos Estados, permitindo, portanto, a restrição à liberdade de religião que a proibição do véu islâmico representa. O fator determinante no caso *Dahlab* foi a suscetibilidade de crianças pequenas de serem influenciadas pelo uso do véu; no caso *Leyla Sahin contra Turquia*, por sua vez, o fator determinante foi o secularismo “considerado necessário para proteger o sistema democrático na Turquia” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2004a, § 114; LETSAS, 2007, p. 126).

O consenso regional tem desempenhado um papel menor na jurisprudência da Comissão Africana e na Corte Interamericana. No caso *Constitutional Rights Project e Outro contra Nigéria* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 1999, § 26), a Comissão Africana estabeleceu que: “A Carta Africana deveria ser interpretada à luz dos valores culturais, levando plenamente em consideração a diversidade de tradições jurídicas na África e as leis de cada país”. Se esse método fosse seguido à risca, um Estado poderia, por si só, ditar como a Carta Africana deveria ser interpretada. Felizmente, a Comissão não tem aplicado esse método (KILLANDER, 2010). Ao contrário, no caso *Prince contra África do Sul* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2004) a Comissão fez uso da doutrina da margem de discricionariedade, tal como desenvolvida pela Corte Europeia. No entanto, a Comissão não fez qualquer comparação entre as práticas dos Estados partes da União Africana. A questão nesse caso era se a proibição do consumo religioso de maconha por rastafáris deveria ser mantida ou revogada. A Comissão Africana decidiu que o Estado possuía uma margem de discricionariedade nessa área, mas deixou claro que isto não constitui uma deferência absoluta ao Estado. Da mesma

forma, no caso *Vásquez Vejarano contra Peru*, no que diz respeito ao conceito de estado de emergência, a Comissão Interamericana decidiu que (INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2000, § 55) “a margem de discricionariedade caminha lado a lado com o monitoramento desempenhado por mecanismos interamericanos”. A Corte Interamericana fez referência à margem de discricionariedade em sua opinião consultiva sobre as *Propostas de emendas à cláusula sobre naturalização da Constituição da Costa Rica* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1984, § 62), na qual estabeleceu que “a Corte reconhece a margem de discricionariedade reservada aos Estados no que diz respeito à definição de critérios para a aquisição de nacionalidade e à decisão se eles foram preenchidos ou não”. A Corte não analisou, no entanto, se os Estados que tinham ratificado a Convenção Americana possuíam uma posição comum no que diz respeito à naturalização.

2.3 *Abordagem do instrumento vivo, universalismo e diálogo judicial*

Consenso regional é uma das abordagens decorrentes da ideia dos tratados como “instrumentos vivos”. Outra abordagem é o universalismo. De maneira ímpar, a Carta Africana, em seus artigos 60 e 61, estabelece que a Comissão deve “inspirar-se” em outros instrumentos internacionais “adotados pelas Nações Unidas e países africanos” e “levar em consideração...jurisprudência e doutrina”⁷. De acordo com esses dispositivos, a Comissão Africana está

[...] mais do que aberta a aceitar argumentos jurídicos que se baseiem em instrumentos, princípios, normas e parâmetros internacionais e regionais que se façam apropriados e relevantes, levando em consideração o princípio já consolidado de universalidade estabelecido pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, a qual declara que “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”.

Purohit e Outro contra Gâmbia (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2003a, § 48)

A Convenção Americana, por outro lado, não possui cláusula semelhante a estas encontradas na Carta Africana e seu Protocolo. A Corte Interamericana somente pode determinar a violação dos dispositivos da Convenção Americana e seus Protocolos sobre os quais tenha recebido expressamente jurisdição⁸. No entanto, isto não tem impedido que a Corte Interamericana seja fortemente influenciada por instrumentos quase legais [*soft law*] e pela jurisprudência de outras cortes ao interpretar os dispositivos da Convenção Americana. De fato, há quem argumente que a Corte tem convertido “instrumentos internacionais quase legais [*soft law*] em instrumentos vinculantes regionais [*hard law*]” (NEUMAN, 2008, p. 111). Da mesma forma, a Corte Europeia tem cada vez mais considerado avanços ocorridos fora do âmbito do Conselho Europeu.

O impacto da abordagem do instrumento vivo fica claro quando uma corte modifica sua posição sobre uma determinada questão. Em diversos casos, a Corte

Europeia estabeleceu que os obstáculos enfrentados por transexuais, por exemplo, a imutabilidade do sexo no certificado de nascimento, não representavam uma violação da Convenção Europeia (OVEY; WHITE, 2006, p. 274-278). Em 2002, a Corte reverteu seu entendimento anterior e estabeleceu que, apesar da ausência de consenso entre os países europeus, há “evidência clara e incontestável de uma tendência crescente a favor não somente de uma maior aceitação de transexuais, mas também de um reconhecimento jurídico da nova sexualidade após o procedimento cirúrgico”. *Goodwin contra Reino Unido* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002b, § 85).

No caso *Cruz Varas e Outros contra Suécia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1991), a Corte Europeia analisou as medidas cautelares adotadas pela Comissão Europeia, consideradas não vinculantes em função de suas regras de procedimento, embora os Estados membros “cumpram quase em totalidade” as medidas cautelares emitidas pela Comissão. Quando a questão das medidas cautelares de uma das seções da Corte (depois que a Comissão fora extinta em 1998) foi para a decisão final no caso *Mamatkulov e Askarov contra Turquia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a, § 110), o Tribunal Pleno concluiu “ao analisar o presente caso, que a Corte também levará em consideração princípios gerais de direito internacional e a opinião de outros órgãos internacionais sobre esta questão emitidas após o caso *Cruz Varas e Outros*”. Referindo-se ao artigo 31(3)(c) da Convenção de Viena, a Corte decidiu (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a, § 111) que a Convenção deve “ser interpretada na medida do possível em conformidade com outros princípios de direito internacional dos quais faz parte”. A conclusão da Corte de que suas medidas cautelares tinham força vinculante foi claramente inspirada pela interpretação de outras cortes internacionais e organismos quase judiciais (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a, § 124):⁹

A Corte nota que a Corte Internacional de Justiça, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê contra Tortura das Nações Unidas, embora com base em dispositivos de tratados diferentes daqueles utilizados por esta Corte, têm confirmado na fundamentação de decisões recentes que a proteção a direitos alegados pelas partes diante do risco de danos irreparáveis representa um objetivo fundamental das medidas cautelares em direito internacional. De fato, pode-se dizer que, independentemente do sistema jurídico sob análise, uma administração adequada da justiça pressupõe que nenhuma ação irreparável seja tomada enquanto os procedimentos estiverem pendentes.

Os casos *Goodwin* e *Mamatkulov* claramente expõem como a Corte Europeia tem sido influenciada por tendências internacionais, embora a maior aceitação social identificada no caso *Goodwin* seja claramente não universal (VANNESTE, 2010, p. 292).

Como demonstrado pelos casos *Goodwin* e *Mamatkulov*, uma das principais formas pelas quais cortes regionais e órgãos regionais interpretam instrumentos de direitos humanos é por meio da citação de outros tratados internacionais, instrumentos quase legais [*soft law*] e interpretação de outros órgãos responsáveis pelo monitoramento de tratados.

O diálogo judicial existente entre tribunais regionais é, em certa medida, um monólogo. A Comissão Africana tem amplamente citado a Corte Europeia. No entanto, a única oportunidade em que a Comissão Africana foi citada pela Corte Europeia foi para se referir a uma declaração conjunta sobre liberdade de expressão adotada por Relatores Especiais sobre Liberdade de Expressão da ONU, da OEA, da OSCE e da Comissão Africana (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Stoll v. Switzerland*, 2007, § 39). De maneira semelhante, a Corte Europeia tem raramente citado instrumentos de direitos humanos do sistema africano. Um exemplo é o caso *Vo contra França* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2004b, § 63) onde a Corte Europeia ressaltou o dispositivo sobre aborto no Protocolo à Carta Africana relativo aos Direitos da Mulher na África. Da mesma forma, a jurisprudência da Comissão Africana raramente é citada por órgãos interamericanos.¹⁰

Em alguns casos, a Corte Europeia mencionou instrumentos e jurisprudência do sistema interamericano.¹¹ A Corte Interamericana e a Comissão Interamericana têm, muitas vezes, citado a Corte Europeia. Por sua vez, em muitos casos a Comissão Africana mencionou decisões do sistema interamericano e europeu. O papel de decisões judiciais deveria ser limitado ao valor persuasivo da fundamentação utilizada pela corte e pelo órgão quase judicial (ROMANO, 2009, p. 783). No entanto, por vezes, a decisão final de outro tribunal é citada sem a devida consideração do contexto específico do caso a que se procura fazer referência.

Juízes da Corte Europeia e da Corte Interamericana, em votos em separado, citaram a jurisprudência de outro sistema regional, defendendo a abordagem adotada por aquele sistema sobre um determinado assunto. Por exemplo, em seu voto parcialmente dissidente proferido no caso *Angelova contra Bulgária* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002a, § 11), o Juiz Bonello da Corte Europeia fez a seguinte observação:

Fico desanimado ao notar que, na proteção fundamental contra discriminação racial, a Corte tem sido deixada para trás por outros importantes tribunais de direitos humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, tem estabelecido em geral parâmetros mais razoáveis.

Em outros casos, alguns juízes mencionaram o risco de se seguir cegamente a abordagem adotada por outra corte. No caso *López Álvarez contra Honduras* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, § 43), o Juiz Cançado Trindade da Corte Interamericana afirmou que:

Se outras organizações internacionais de monitoramento de direitos humanos têm titubeado adotando uma interpretação inconsistente, por que a Corte Interamericana deveria seguir o mesmo caminho, abdicando de sua jurisprudência de vanguarda, que já ganhou o respeito de beneficiários do nosso sistema de proteção, bem como da comunidade internacional, e assumir uma postura diferente que já fora, inclusive, abandonada por outras organizações que, no passado, incorreram no mesmo erro? Isto não me parece ter o menor sentido.

3 Estudos de caso

3.1 *Punição corporal*

A Convenção Européia, a Declaração Americana, a Convenção Americana e a Carta Africana, todas proíbem o tratamento ou pena desumana ou degradante.¹² Tal proibição é absoluta. No entanto, definir o que constitui tratamento ou pena desumana ou degradante demanda, obviamente, certo esforço interpretativo. A definição, portanto, pode variar entre os diferentes tribunais regionais. Esta seção discute a abordagem dada pela Corte Europeia, pela Comissão Interamericana, pela Corte Interamericana e pela Comissão Africana ao decidir se punição corporal constitui pena desumana ou degradante. A posição dos comitês de tratado da ONU também será analisada.

No caso *Tyrer contra Reino Unido* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1978b), decidido pela Corte Europeia em 1978, Anthony Tyrer, um garoto de 15 anos, foi condenado por uma corte na Ilha de Man a três chibatadas com vara. De acordo com a Corte, “as chibatadas arranharam, mas não provocaram cortes na pele do peticionário, o que provocou feridas por cerca de uma semana e meia”. A Corte decidiu, no parágrafo 29, que a punição não foi grave o suficiente para ser considerada tortura ou pena desumana. Em seguida, a Corte decidiu se a pena poderia ser considerada desumana. Nesse ponto, a Corte ressaltou que qualquer sanção possui certo “aspecto inevitável de humilhação”, mas seria absurdo concluir que qualquer pena seja degradante no sentido da proibição contida no artigo 3º da Convenção.¹³ A Corte concluiu, no parágrafo 30, que para caracterizar uma punição como degradante deve-se considerar a “natureza e o contexto da própria pena e a maneira e o método pelo qual a pena é executada”. Neste sentido, a Corte considerou, no parágrafo 33, que a pena em questão constitui uma “ofensa justamente a uma das principais finalidades da proibição contida no artigo 3º, a de proteger, especificamente, a dignidade da pessoa e sua integridade física”. A idade de Tyrer não foi discutida como um fator essencial, embora a Corte tenha considerado que tal punição “possa ter causado efeitos psicológicos adversos” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1978b, § 33).

Qual o papel do consenso regional na interpretação de normas de tratados? A referência feita à política criminal dos Estados membros no caso *Tyrer*, apresentado acima, menciona o consenso entre os países europeus. Há opiniões divergentes, no entanto, se o consenso regional foi determinante para o resultado do caso (LETSAS, 2007, p. 76, consenso regional não foi decisivo ; VANNESTE, 2010, p. 280, consenso regional foi decisivo).

No caso *Costello-Roberts contra Reino Unido* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1993a), decidido pela Corte Europeia em 1993, Jeremy Costello-Roberts, de sete anos de idade, recebeu “três ‘pancadas’ em suas nádegas por cima da bermuda com um sapato de ginástica com sola de borracha”, por ter recebido cinco “advertências” por, entre outras infrações, ter conversado no corredor e ter ido dormir tarde. A Corte considerou que a punição não foi severa o suficiente para ser considerada degradante e, portanto, não considerou que houve uma violação do artigo 3º. Quatro juízes discordaram da maioria da Corte, concluindo que:

No presente caso, impressiona o caráter ritualístico da punição corporal. Depois de um intervalo de três dias, o diretor da escola ‘espancou’ um indefeso e solitário garoto de 7 anos. Uma palmada no calor do momento poderia ter sido tolerada, mas, em nossa opinião, o tom oficial e solene da punição aplicada, sem o consentimento da mãe, constitui pena degradante e viola o artigo 3º.

Na época em questão, havia uma legislação relativa à punição corporal aplicável a todos os alunos tanto em escolas particulares, quanto públicas no Reino Unido. No entanto, seguindo os avanços sobre o tema em outros países europeus, tal punição passou a ser considerada ilegal para alunos em escolas públicas e algumas instituições independentes de ensino. Considerando uma tendência geral de tornar esta prática ilegal, esse tipo de punição adquiriu tons ainda mais degradantes para aqueles alunos em escolas privadas onde regimes disciplinares ainda aplicavam punição corporal contra seus alunos.

A decisão cita a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) da ONU, mas não menciona o artigo 19, o qual expressamente determina que os Estados “devem proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental”. Este dispositivo nitidamente torna ilegal a punição corporal de crianças de maneira ainda mais clara do que a proibição de tratamento desumano ou degradante, que também está prevista na CDC.¹⁴

Em 1982, o Comitê de Direitos Humanos da ONU adotou o Comentário Geral No. 7, no qual estabelece, no parágrafo 2, que a proibição contida no artigo 7 “deve se estender à punição corporal, incluindo castigo excessivo como medida educativa ou disciplinar”. Provavelmente, a referência a “castigo excessivo” remete à previsão, no direito costumeiro anglo-saxão, de “castigo razoável” [*reasonable chastisement*] de crianças (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *A v. UK*, 1998b, § 23).¹⁵ No Comentário Geral No. 20, adotado em 1992, o Comitê de Direitos Humanos da ONU estabeleceu que a proibição de tratamento cruel, desumano ou degradante no artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) “deve se estender a punições corporais, incluindo castigos excessivos impostos como sanção penal ou como uma medida educativa ou disciplinar”.¹⁶ O novo dispositivo poderia ser interpretado como se estivesse a permitir “castigos razoáveis” como sanção penal. No entanto, no caso *Osbourne contra Jamaica* (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2000), o Comitê de Direitos Humanos decidiu que “punição corporal constitui tratamento ou pena cruel, desumana e degradante que viola o artigo 7º do Pacto.”¹⁷ Tal como nos Comentários Gerais sobre o tema, o Comitê não fundamentou esta conclusão.

Em 2003, a Comissão Africana considerou a questão da punição corporal no caso *Doebbler contra Sudão* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2003c). A petição foi apresentada por mulheres estudantes que foram presas por “imoralidade”, por, entre outras coisas, socializar com garotos ou usar calça. Elas foram sentenciadas a chibatadas, as quais “foram aplicadas em público em suas costas nuas com um chicote de arame e plástico capaz de causar cicatrizes permanentes” (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2003c, § 30). As peticionárias alegaram que tal punição foi “completamente desproporcional” (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN

AND PEOPLES' RIGHTS, 2003c, § 6). O argumento referente à proporcionalidade da medida não foi analisado pela Comissão, segundo a qual a única questão controversa no caso seria avaliar se “as chibatadas” constituem pena cruel, desumana ou degradante (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2003c, § 35). A Comissão concluiu que houve uma violação à Carta Africana. Ao fundamentar a decisão, a Comissão ressaltou que no caso *Tyrer* “até mesmo chibatadas aplicadas em âmbito privado, com supervisão médica adequada, sob condições rígidas de higiene, e apenas depois de esgotados os recursos existentes, violaram os direitos da vítima”. A Comissão, em seguida, fez referência a sua decisão no caso *Huri-Laws contra Nigéria* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2000c), segundo a qual “a proibição da tortura, tratamento ou pena cruel, desumana ou degradante deve ser interpretada da maneira mais ampla possível com vistas a englobar o leque mais variado cabível de abusos físicos e mentais”. No caso *Doebbler*, a Comissão não mencionou as decisões dos comitês de tratado da ONU. Da mesma forma, a Comissão não aproveitou essa oportunidade para dialogar com a jurisprudência desenvolvida por cortes nacionais em países africanos, na qual punição corporal fora declarada inconstitucional. A Comissão, tampouco, examinou em que medida a punição corporal ainda é praticada nos Estados membros da União Africana. Esta análise comparativa poderia ter enriquecido a decisão da Comissão, além de mandar uma mensagem mais enfática a outros Estados africanos que ainda praticam punição corporal. Os fatos desse caso claramente revelam uma violação da Carta Africana. Não obstante, a fundamentação utilizada pela Comissão, em particular no que diz respeito à proibição geral de punições corporais, foi inadequada.

Em 2005, foi a vez da Corte Interamericana decidir um caso referente à punição corporal. No caso *Caesar contra Trindade e Tobago* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a), o Sr. Caesar foi condenado por tentativa de estupro a 20 anos de prisão com trabalho forçado e a 15 chibatadas com um instrumento chamado “gato com nove caudas”. As chibatadas foram aplicadas cerca de dois anos depois de transitada em julgado a sentença. A Corte ressaltou os efeitos físicos e psicológicos da punição corporal (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a, § 49, p. 30-32).

Ao enfrentar a questão sobre se a punição corporal violava a Convenção Americana, a Corte citou o Relator Especial da ONU para Tortura, mencionou o Comentário Geral No. 20, as observações finais do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre Trindade e Tobago, a jurisprudência do Comitê, inclusive o caso *Sooklal contra Trinidad e Tobago* (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2001), a decisão da Corte Europeia no caso *Tyrer contra Reino Unido* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1978b) e no caso *Irlanda contra Reino Unido* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1978a). Em seguida, a Corte destacou que os Protocolos às Convenções de Genebra proíbem a punição corporal. Além disso, a Corte menciona julgados de cortes nacionais do Zimbábue, Antilhas Holandesas, Estados Unidos, Namíbia, África do Sul, Uganda e Zâmbia. Por fim, a Corte mencionou a sua própria decisão no caso *Loayza Tamayo contra Peru* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1997) referente ao “direito à

integridade física e psicológica”. Embora a Corte tenha observado que recentemente a punição corporal fora abolida em Anguilla, Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Cayman, Quênia, Paquistão e África do Sul, deve-se notar que não há discussão em relação à extensão pela qual a punição corporal ainda é pelos Estados partes à Convenção Americana. Ao final, a Corte ressaltou a proibição universal à pena cruel, desumana ou degradante. A Corte ainda:

[...] destaca que há uma tendência crescente no sentido de reconhecer, nos âmbitos internacional e nacional, o caráter inadmissível da punição corporal, no que diz respeito à sua natureza inerentemente cruel, desumana e degradante. Um Estado Parte à Convenção Americana, portanto, de acordo com suas obrigações decorrentes dos artigos 1(1), 5(1) e 5(2) deste instrumento, possui uma obrigação erga omnes de deixar de impor punições corporais [...].

A Corte concluiu, portanto, que a punição corporal, tal como praticada em Trindade e Tobago, constitui prática de tortura (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a § 73). A Comissão Interamericana, no caso *Pinder contra Bahamas*, decidiu que uma sentença de chibatadas *per se* constitui pena cruel, desumana ou degradante, mesmo se a sentença ainda não tenha sido executada (INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2007, § 35).

Por fim, claro está que a punição corporal de crianças é diretamente vedada pela Convenção sobre os Direitos da Criança. No entanto, sob o ponto de vista do consenso universal, a mesma proibição com relação a adultos é menos evidente.¹⁸ Apesar da jurisprudência da Corte Interamericana, da Comissão Africana e do Comitê de Direitos Humanos da ONU, ainda não se consolidou claramente um consenso internacional no sentido de proibir todas as formas de punição corporal contra adultos. Os tribunais deveriam apresentar razões mais convincentes para que suas decisões em relação a casos específicos possam ser lidas como uma proibição de todas as formas de punição corporal a adultos. Se essas decisões, ao invés de se basearem em um consenso internacional, forem justificadas a partir de certos valores ou pelo perigo desta prática dar ensejo a abusos que somente poderiam ser evitados por meio de uma abolição total da punição corporal, tal fundamentação deveria ser expressamente formulada por esses tribunais.

3.2 Julgamentos de civis por tribunais militares

A Convenção Europeia estabelece, no artigo 6(1), como parte do direito a um processo justo, o direito a uma audiência por “um tribunal independente e imparcial”. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (no artigo 14(1)) e a Convenção Americana (art. 8(1)) apresentam dispositivos praticamente idênticos, mas estabelecem ainda que o tribunal deve ser também competente. O direito a ser julgado por uma “corte ou tribunal imparcial” é também garantido no artigo 7(1) da Carta Africana. Ademais, o artigo 26 da Carta estabelece que os Estados possuem o dever de “assegurar a independência das cortes”. Não há menção a cortes militares nestes tratados.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU, em seu Comentário Geral No. 13, adotado em 1984¹⁹, estabelece que:

Embora o Pacto não proíba [o julgamento de civis por cortes militares], os requisitos estabelecidos por este instrumento indicam com nitidez que julgar civis por estas cortes deveria ser uma medida extremamente excepcional e realizada somente se de fato fossem asseguradas todas as garantias estabelecidas no artigo 14.

A Comissão Africana, em sua Resolução sobre o Direito a um Julgamento Justo e Assistência Jurídica na África, adotada em 1999, foi ainda além e estabeleceu que cortes militares “não deveriam, sob quaisquer circunstâncias, ter jurisdição sobre civis”. A Comissão aplicou esse dispositivo em vários casos (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, *Media Rights Agenda v. Nigeria*, 2000b; AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, *Law Office of Ghazi Suleiman v. Sudan (I)*, 2003b). No caso *Wetsh’okonda Koso e Outros contra República Democrática do Congo* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2008, § 87), a corte militar condenou dois civis e três soldados à morte por crimes de natureza civil e a Comissão decidiu que “uma vez que não há quaisquer fatos que levariam a Comissão a decidir de outra maneira, a Comissão não pode deixar de concordar com os peticionários sobre a inexistência neste caso de um sistema judiciário justo”.

No caso *Castillo Petruzzi et al contra Peru* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1999a), a Corte Interamericana citou os Princípios Básicos da ONU sobre a Independência do Judiciário afirmando que os estados não devem criar “tribunais que não se baseiem em normas processuais devidamente estabelecidas [...] substituindo a jurisdição que cabe a tribunais ou cortes comuns” (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1999a, § 129). A Corte decidiu que “os tribunais militares que julgaram as supostas vítimas pelo crime de traição não cumpriram com os requisitos inerentes às garantias de independência e imparcialidade estabelecidas pelo artigo 8(1) da Convenção Americana como elementos fundamentais do devido processo legal” (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1999a, § 132). No caso *Durand e Ugarte contra Peru* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2000), decidido apenas um ano depois do caso *Castillo Petruzzi*, a Corte Interamericana foi mais além e decidiu que civis deveriam ser excluídos da jurisdição militar (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2000, § 117). Este caso não dizia respeito a um julgamento perante um tribunal militar, mas sim a alocação da competência a cortes militares para investigar fatos e determinar responsabilidade por alegadas violações sistemáticas de direitos humanos cometidas por militares. Para chegar a essa decisão, a Corte citou duas outras decisões do Comitê de Direitos Humanos da ONU, com relação a investigações de violações de direitos humanos. A decisão de que civis não deveriam ser julgados por cortes militares foi confirmada no caso *Palamara Iribane contra Chile*, no qual a Corte estabeleceu (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005e, § 124) que “apenas membros do exército deveriam ser julgados [por tribunais militares] pela prática de crimes ou delitos que, por sua própria natureza, constituem uma afronta aos interesses jurídicos de militares.”

O caso *Ergin contra Turquia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006), decidido pela Corte Europeia em 2006, dizia respeito ao julgamento perante um tribunal militar de um editor de um jornal por “incitamento à evasão do serviço militar”. A questão perante a Corte era se o julgamento de um civil perante um tribunal militar viola o direito a ser julgado por um “tribunal independente e imparcial”. A Corte resumiu a prática de outros países europeus da seguinte maneira: “na grande maioria dos sistemas jurídicos, esta jurisdição [militar] inexistente ou está restrita a situações bem específicas, como a cumplicidade entre um militar e um civil na prática de um crime (...)” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, § 21). A Corte citou o Comentário Geral No. 13 do Comitê de Direitos Humanos da ONU e as observações finais do Comitê sobre os relatórios dos Estados como parte de suas obrigações sob o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. A Corte também citou um relatório sobre administração da justiça por tribunais militares submetido à Comissão de Direitos Humanos da ONU. Em seguida, a Corte ressaltou que “a jurisprudência assentada da Corte Interamericana de Direitos Humanos exclui civis da jurisdição de cortes militares” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, § 25 citando *Durand and Ugarte v. Peru* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2000)). A Corte ainda citou sua própria jurisprudência em casos similares e concluiu que “apenas em circunstâncias muito excepcionais, o julgamento de civis que cometeram crimes [por cortes compostas somente por militares] poderia ser considerado compatível com o Artigo 6º” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, § 44). A Corte ressaltou que “esta perspectiva se baseia nos avanços ocorridos na última década no âmbito internacional” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, § 45). Esse caso ilustra, portanto, o uso crescente de tendências internacionais pela Corte Europeia como fundamentação de suas decisões.

Conforme exposto acima, a Comissão Africana e a Corte Interamericana já estabeleceram que o julgamento de civis por tribunais militares viola o direito a um tribunal imparcial. Deve-se ressaltar, no entanto, que os casos decididos pela Comissão Africana e pela Corte Interamericana sobre esta questão vão ainda além e expõe as diversas maneiras pelas quais tribunais militares violaram, em casos específicos, garantias processuais essenciais para um julgamento justo.

3.3 *Obrigações positivas*

Tratados de direitos humanos não somente proíbem os Estados de agirem de certa forma. Como apontado pela Comissão Africana no caso *Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) e Outro contra Nigéria* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2001, § 44), os Estados possuem o “dever de respeitar, proteger, promover e cumprir estes direitos”. Tais deveres, em medidas diferentes, demandam ações por parte do Estado. No caso *SERAC* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2001), os peticionários argumentaram que o Estado tinha ativamente participado nas violações dos direitos dos membros do povo Ogoni, e que o Estado havia descumprido com a sua obrigação de proteger a população destas violações. A Comissão citou a sua própria jurisprudência, bem como mencionou o caso *Velásquez Rodríguez contra*

Honduras (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1988), e o caso *X e Y contra Países Baixos* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1985) a fim de demonstrar que os governos possuem o dever de proteger seus cidadãos contra “danos” perpetrados por agentes privados (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2001§ 57).

No caso *X e Y contra Países Baixos* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1985), referente ao estupro de uma garota com deficiência mental, a Corte Europeia concluiu que os Países Baixos violaram o direito à privacidade estabelecido no artigo 8º, uma vez que a legislação holandesa não permitia prosseguir com o processo penal, já que a vítima não podia apresentar queixa sobre o fato. A Corte decidiu (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1985, § 23) que “Embora o objetivo do Artigo 8º seja fundamentalmente proteger o indivíduo contra a interferência arbitrária por autoridades públicas, este dispositivo não apenas compele o Estado a não agir: além do aspecto primordialmente negativo, há obrigações positivas inerentes ao respeito efetivo pela vida privada e familiar”.

Ao decidir o caso, a Corte estabeleceu (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1985, § 27) que uma “prevenção efetiva nestes casos é indispensável e pode apenas ser atingida por meio da legislação penal”.

A Corte Europeia também decidiu que o artigo 8º foi violado em uma série de casos relacionados ao meio ambiente (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *López Ostra v. Spain*, 1994; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guerra and Others v. Italy*, 1998a). De acordo com a Corte: “para alegar uma violação ao artigo 8º, a interferência em questão deve diretamente afetar a casa, família ou vida privada do peticionário em questão” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Fadeyeva v. Russia*, 2005b, § 68). O Estado possui uma grande margem de discricionariedade nesses casos, no entanto, a Corte avaliará se os interesses da sociedade e os interesses do indivíduo afetado foram balanceados de forma razoável [*fair balance*]. Ao determinar os interesses do indivíduo em questão, a Corte, em alguns casos, citou parâmetros ambientais internacionais sob a “legislação pertinente” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Taşkin and Others v. Turkey*, 2004c).

No caso *Oluić contra Croácia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2010b), a Sra. Oluić alegou que o fato das autoridades não terem tomado medida alguma contra os níveis excessivos de barulho por um bar localizado na casa onde ela vivia constituiria uma violação do seu direito à privacidade, sob o artigo 8º da Convenção Europeia. A Corte Europeia ressaltou, no entanto, que os níveis de barulho excederam os limites determinados pela legislação local e também “os parâmetros internacionais estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde e pela maioria dos países europeus” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2010b, § 60). A Corte, em seguida, concluiu que “devido ao volume do barulho em questão – à noite e acima dos níveis permitidos – e o fato de que este barulho persiste por anos neste horário noturno, a Corte conclui que o nível de distúrbio causado atingiu o nível mínimo de severidade para que as autoridades do Estado em questão devessem adotar medidas a fim de proteger a peticionária deste barulho” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2010b, § 62). Embora em um caso semelhante, *Moreno Gómez contra Espanha* (EUROPEAN COURT OF HUMAN

RIGHTS, 2004d), a Corte não tenha feito referência a parâmetros internacionais, claro está que em ambos os casos os julgamentos foram baseados na omissão das autoridades em fazer cumprir as regulamentações locais.

Este entendimento que vê na Convenção Europeia um “direito a dormir bem” tem sido criticado (LETSAS, 2007, p. 126). No entanto, as críticas feitas à “inflação de direitos” não reduz a importância das obrigações positivas em relação a direitos já consolidados. No caso *Öneriyildiz contra Turquia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2004e), o peticionário vivia com familiares perto de um depósito de lixo em uma favela em Istambul. Uma explosão de metano no depósito de lixo causou a destruição de dez casas. A Corte concluiu (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2004e, § 109) que a municipalidade violou o seu direito à vida previsto no artigo 2º da Convenção Europeia, porque as “autoridades não tomaram todas as medidas dentro da sua capacidade para proteger [os habitantes do local] de riscos imediatos e conhecidos a que estavam sendo expostos”. A Corte destacou que o artigo 2º “não diz respeito somente a mortes causadas pelo uso da força por agentes do Estado, mas também, já na primeira frase do primeiro parágrafo, estabelece uma obrigação positiva dos Estados de tomar medidas apropriadas para assegurar as vidas dos indivíduos sob sua jurisdição”.

A Corte Interamericana tem interpretado o direito à vida estabelecido pelo artigo 4º da Convenção como incluindo:

não somente o direito de todos os seres humanos a não serem privados arbitrariamente de sua vida, mas também o direito a terem acesso a condições que garantam uma condição digna de existência. Os Estados são obrigados a assegurar a criação de condições necessárias para que este direito básico não seja violado e, particularmente, possuem o dever de prevenir que seus agentes venham a violar este direito.

Meninos de Rua (Villagrán-Morales et al.) contra Guatemala (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1999b, § 144)

Essa observação da Corte foi feita no contexto de execuções extrajudiciais. A Corte citou o Comentário Geral No. 3 do Comitê de Direitos Humanos da ONU para afirmar que os Estados possuem o dever de prevenir execuções extrajudiciais por agentes do Estado. No caso *Juvenile Reeducation Institute* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2004b, § 158), a Corte declarou: “O direito à vida e o direito a tratamento humano pressupõe não somente que o Estado respeite estes direitos (obrigação negativa), mas também que o Estado tome todas as medidas apropriadas para proteger e preservar estes direitos (obrigação positiva), em cumprimento da obrigação geral assumida pelo Estado no Artigo 1(1) da Convenção”.

Esse caso trata de condições de detenção, embora este princípio gere repercussões mais amplas. No caso *Yakye Axa contra Paraguai* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005b), a Corte concluiu que o Estado violou o direito à vida dos membros de uma comunidade indígena, por não ter tomado as “medidas necessárias para garantir as condições que afetam sua possibilidade de terem uma vida decente”. (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005b, § 176). A Corte determinou (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005b, § 205) que:

[...] o Estado deve alocar US \$950,000.00 (novecentos e cinquenta mil dólares americanos) para um programa de desenvolvimento comunitário que consiste na implementação de programas de educação, moradia, agricultura e saúde em benefício dos membros da comunidade. Os contornos específicos destes projetos serão decididos pelo comitê responsável por sua implementação, descrito abaixo, e devem ser concluídos em dois anos a partir da data em que a terra for transferida aos membros da comunidade indígena.

Em sua jurisprudência sobre obrigações positivas, os tribunais regionais têm interpretado extensivamente o texto das convenções. Até o momento, a Corte Interamericana é o tribunal que tem adotado a interpretação mais ampla, como exposto acima. No entanto, todos os sistemas regionais têm adotado essa abordagem sem gerar quaisquer reações adversas por parte dos Estados, embora o Paraguai ainda tenha que implementar a decisão do caso *Yakye Axa* emitida em 2005 (AMNESTY INTERNATIONAL, 2010). O objetivo e a finalidade dos tratados de direitos humanos requerem o reconhecimento e a execução de obrigações positivas.

4 Conclusão

Ao interpretar os dispositivos dos tratados internacionais de direitos humanos, os tribunais regionais analisam o texto destes tratados em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade: a proteção efetiva de direitos humanos. Isto tem levado tribunais a interpretar extensivamente os dispositivos destes tratados, em especial no que diz respeito às obrigações positivas dos Estados. Os dispositivos de um tratado devem ser aplicados de boa-fé. Conforme decidido pela Corte Interamericana no caso *Loayza-Tamayo*, isto significa que os Estados não podem ignorar as decisões da Comissão Interamericana somente porque elas são chamadas de recomendações.

Ao interpretar o sentido dos termos nos tratados, os tribunais devem apresentar definições independentes do significado que um determinado instituto jurídico venha a assumir no âmbito nacional. Pela abordagem do instrumento vivo, admite-se que o significado de muitos termos não é estático, portanto, é sujeito a mudanças ao longo do tempo. Os tribunais estão conscientes de que não existem isoladamente, mas integram uma rede formada por Estados, instituições internacionais e atores não governamentais. O diálogo resultante desta rede tem levado a uma crescente convergência em normas internacionais de direitos humanos. As cortes africana e interamericana têm, em grande medida, adotado uma perspectiva universalista, inspirando-se amplamente em instrumentos regionais e do sistema ONU de direitos humanos (incluindo *soft law*), bem como decisões provenientes de órgãos de monitoramento de direitos humanos da ONU e de sistemas regionais ao interpretar dispositivos do tratado regional. Embora a Corte Europeia tenha tradicionalmente decidido com base na existência de um consenso regional, ela tem, nos últimos anos, assumido cada vez mais uma perspectiva universalista.

Nota-se, ademais, que os Comentários Gerais adotados por órgãos de tratado da ONU possuem o condão de harmonizar o desenvolvimento da

legislação de direitos humanos (PASQUALUCCI, 2007, p. 39). No entanto, esse papel harmonizador dos comitês da ONU também enfrenta alguns obstáculos. Em especial, é problemática a falta de fundamentação judicial nos Comentários Gerais e nas observações adotadas pelos comitês de tratado da ONU (MECHLEM, 2009). Ademais, a fundamentação das decisões dos tribunais regionais é também por vezes pouco clara. A fundamentação das decisões é importante porque confere previsibilidade às ações de estados e indivíduos para evitar que novas violações sejam cometidas. Uma boa fundamentação pode levar a uma melhor execução das decisões dos tribunais e pode auxiliar na aceitação social sobre questões controvertidas.

A primeira escala para a proteção de direitos humanos é o sistema nacional. Tribunais regionais e global de direitos humanos exercem um importante papel complementar. Não obstante, trata-se de um papel que essas cortes e organismos quase judiciais somente podem exercer efetivamente se forem capazes de fundamentar bem suas decisões.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- AMNESTY INTERNATIONAL. 2010. **Paraguay**: Public hearing of the Inter-American Court of Human Rights. The Paraguayan State is not meeting its obligations to indigenous peoples. AI Index: AMR 45/001/2010, 13 Apr.
- ARAI-TAKAHASHI, Y. 2002. **The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR**. Antwerp: Intersentia.
- CHRISTOFFERSEN, J. 2009. Impact on general principles of treaty interpretation. In: KAMMINGA, M.T.; SCHEININ, M. **The impact of human rights law on general international law**. Oxford: Oxford University Press.
- HEYNS, C.; KILLANDER, M. 2010. Towards minimum standards for regional human rights systems. In: ARSANJANI, M.H. et al. *Looking to the future: Essays on international law in honor of W. Michael Reisman*. Martinus Nijhoff Publishers.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. 2004. **Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies**. Disponível em: <web.abo.fi/institut/imr/research/seminars/ILA/Report.pdf>. Último acesso em: 28 junho 2010.
- KAMMINGA, M.T. 2009. Final report on the impact of international human rights law on general international law. In: KAMMINGA, M.T.; SCHEININ, M. **The impact of human rights law on general international law**. Oxford: Oxford University Press.
- KILLANDER, M. 2010. African human rights law in theory and practice. In:

- JOSEPH, S.; McBeth, A. **Research handbook on international human rights law**. Cheltenham: Edward Elgar.
- LETSAS, G. 2007. **A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press.
- MECHLEM, K. 2009. Treaty bodies and the interpretation of human rights. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 42, p. 905-947.
- NEUMAN, G.L. 2008. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. **The European Journal of International Law**, v. 19, p. 101-123.
- NOWAK, M. 2010. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment**. Addendum. Study on the phenomena of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment in the world, including an assessment of conditions of detention. UN Doc. A/HRC/13/39/Add.5.
- ORAKHELASHVILI, A. 2008. **The interpretation of acts and rules in public international law**. Oxford: Oxford University Press.
- OVEY, C.; WHITE, R.C.A. 2006. **The European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press.
- PASQUALUCCI, J.M. 2007. The harmonization of human rights laws: Guaranteeing the plurality of individual rights. In: BACKER, L.C. (Ed.). **Harmonizing law in an era of globalization – Convergence, divergence, and resistance**. Durham, NC: Carolina Academic Press.
- ROMANO, C.P.R. 2009. Deciphering the grammar of the international jurisprudential dialogue. **International Law and Politics**, v. 41, p. 755-787.
- SHELTON, D. 2008. **Regional protection of human rights**. Oxford: Oxford University Press.
- UNITED NATIONS. 1985. **Basic Principles on the Independence of the Judiciary**. Adopted by the Seventh United Nations Conference on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders, held in Milan August 26 to September 6, 1985, and confirmed by the General Assembly in its resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985.
- UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. 2006. **General Comment 8: The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment**, CRC/C/GC/8.
- VANNESTE, F. 2010. **General international law before human rights courts**. Antwerp: Intersentia.
- VILLIGER, M.E. 2009. **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- WOUTERS, J.; RYNGAERT, C. 2009. Impact on the process of the formation of customary international law. In: KAMMINGA, M.T.; SCHEININ, M. **The impact of human rights law on general international law**. Oxford: Oxford University Press.

Jurisprudência

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. 1999.
Constitutional Rights Project and Another v Nigeria. Decision, Nov. 1999. (2000) AHRLR 235.

_____. 2000a. **Aminu v Nigeria.** Decision, May. (2000) AHRLR 258.

_____. 2000b. **Media Rights Agenda v Nigeria.** Decision, Oct./Nov. (2000) AHRLR 262.

_____. 2000c. **Huri-Laws v Nigeria.** Decision, Oct./Nov. AHRLR 273.

_____. 2001a. **Legal Resources Foundation v Zambia.** Decision, Apr./May (2001) AHRLR 84.

_____. 2001b. **Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v Nigeria.** Decision, Oct. (2001) AHRLR 60.

_____. 2003a. **Purohit and Another v The Gambia.** Decision, May (2003) AHRLR 96.

_____. 2003b. **Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan (I).** Decision, May (2003) AHRLR 134.

_____. 2003c. **Doebbler v Sudan.** Decision, May (2003) AHRLR 153.

_____. 2004. **Prince v South Africa.** Decision, Dec. (2004) AHRLR 105.

_____. 2008. **Wetsh'okonda Koso and Others v Democratic Republic of the Congo.** Decision, Nov. (2008) AHRLR 93.

_____. 2009. **Scanlen and Holderness v. Zimbabwe.** Decision, Apr. 27th Activity Report.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 1975. **Golder v. United Kingdom.** Judgment, 21 Feb.

_____. 1978a. **Ireland v. United Kingdom.** Judgment, 18 Jan.

_____. 1978b. **Tyrer v. United Kingdom.** Judgment, 25 Apr.

_____. 1985. **X and Y v the Netherlands.** Judgment, 26 Mar.

_____. 1989. **Soering v. United Kingdom.** Judgment, 7 July.

_____. 1991. **Cruz Varas and Others v. Sweden.** Judgment, 20 Mar.

_____. 1993a. **Costello-Roberts v. United Kingdom.** Judgment, 25 Mar.

_____. 1993b. **Papamichalopoulos and Others v. Greece.** Judgment, 24 June.

_____. 1994. **López Ostra v. Spain.** Judgment, 9 Dec.

_____. 1996. **Akdivar and Others v. Turkey.** Judgment (Grand Chamber), 16 Sept.

_____. 1998a. **Guerra and Others v. Italy.** Judgment, 19 Febr.

- _____. 1998b. **A v. United Kingdom**. Judgment, 23 Sept.
- _____. 1998c. **Kurt v. Turkey**. Judgment, 25 May.
- _____. 1999. **Pellegrin v. France**. Judgment (Grand Chamber), 8 Dec.
- _____. 2000. **Litwa v. Poland**. Judgment, 4 Apr.
- _____. 2001. **Dahlab v. Switzerland**. Judgment, 15 Febr.
- _____. 2002a. **Anguelova v. Bulgaria**. Judgment, 13 June.
- _____. 2002b. **Goodwin v. United Kingdom**. Judgment (Grand Chamber), 11 July.
- _____. 2004a. **Leyla Sahin v. Turkey**. Judgment, 29 June.
- _____. 2004b. **Vo v France**. Judgment (Grand Chamber), 8 July.
- _____. 2004c. **Taşkin and Others v. Turkey**. Judgment, 10 Nov.
- _____. 2004d. **Moreno Gómez v. Spain**. Judgment, 16 Nov.
- _____. 2004e. **Öneryildiz v. Turkey**. Judgment, 30 Nov.
- _____. 2005a. **Mamatkulov and Askarov v. Turkey**. Judgment, 4 Febr.
- _____. 2005b. **Fadeyeva v. Russia**. Judgment, 9 June.
- _____. 2005c. **Öcalan v. Turkey**. Judgment (Grand Chamber), 12 May.
- _____. 2006. **Ergin v. Turkey N. 6**. Judgment, 4 May.
- _____. 2007. **Stoll v. Switzerland**. Judgment (Grand Chamber), 10 Dec.
- _____. 2008a. **Demir and Baykara v. Turkey**. Judgment (Grand Chamber), 12 Nov.
- _____. 2008b. **Lexa v. Slovakia**. Judgment, 23 Sept,
- _____. 2009a. **Varnava and Others v. Turkey**. Judgment (Grand Chamber), 18 Sept.
- _____. 2009b. **Šilih v. Slovenia**. Judgment (Grand Chamber), 9 April
- _____. 2009c. **Zolotukhin v. Russia** (Grand Chamber), 10 Feb.
- _____. 2009d. **Opuz v. Turkey**, 9 June.
- _____. 2010a. **Rantsev v. Cyprus and Russia**. Judgment 7 Jan.
- _____. 2010b. **Oluić v. Croatia**. Judgment, 20 May.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. 1988. **Cases no 9777 and 9718 (Argentina)**.
- _____. 2000. **Vásquez Vejarano v. Peru**. Merits, 13 Apr.
- _____. 2004. **Maya indigenous communities of the Toledo district v. Belize**. Merits, 12 Oct.

_____. 2007. **Pinder v. Commonwealth of the Bahamas**. Merits, 15 Oct.

_____. 2010. **Ecuador v Colombia**. Admissibility, 21 Oct.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 1984. **Proposed amendments to the naturalization provision of the Constitution of Costa Rica**, Advisory opinion, 19 Jan.

_____. 1988. **Velásquez-Rodríguez v. Honduras**. Merits, 29 July.

_____. 1995. **Caballero Delgado and Santana v. Colombia**. Merits, 8 Dec.

_____. 1997. **Loayza Tamayo v. Peru**. Merits, 17 Sept.

_____. 1998. **Blake v. Guatemala**. Merits, 24 Jan.

_____. 1999a. **Castillo Petruzzi et al v. Peru**. Merits, Reparations and Costs, 30 May.

_____. 1999b. **“Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala**. Merits, 19 Nov.

_____. 2000. **Durand and Ugarte v. Peru**. Merits, 16 Aug.

_____. 2004a. **Ricardo Canese v. Paraguay**. Merits, Reparations and Costs, 31 Aug.

_____. 2004b. **“Juvenile Reeducation Institute” v. Paraguay**. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, 2 Sept.

_____. 2005a. **Caesar v. Trinidad & Tobago**. Merits, Reparations and Costs, 11 Mar.

_____. 2005b. **Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay**. Merits, Reparations and Costs, 17 June.

_____. 2005c. **Mapiripán Massacre v. Colombia**. Merits, Reparations and Costs, 15 Sept.

_____. 2005d. **Raxcaco Reyes v. Guatemala**, Merits, Reparations and Costs, 15 Sept.

_____. 2005e. **Palamara Iribane v. Chile**. Merits, Reparations and Costs, 22 Nov.

_____. 2006. **López Álvarez v. Honduras**. Merits, Reparations and Costs, 1 Feb.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE. 2000. **Osbourne v. Jamaica**. Views, 13 Apr.

_____. 2001. **Sooklal v. Trinidad and Tobago**. Views, 25 Oct.

_____. 2002. **Higginson v. Jamaica**. Views, 28 March.

_____. 2004. **Pryce v. Jamaica**. Views, 15 March.

_____. 2007. **Abassi v. Algeria** Views, 28 March.

NOTAS

1. Neste artigo, referimos às duas comissões e duas cortes de direitos humanos sob o nome de tribunais regionais. A Corte Africana, estabelecida em 2006, ainda não produziu jurisprudência substantiva. Cabe ressaltar que muitas outras cortes e órgãos quase judiciais também aplicam dispositivos da Convenção Europeia, Convenção Americana e Carta Africana. No entanto, esses outros órgãos em geral seguem a interpretação do principal órgão encarregado de aplicar essas convenções. Com relação a cortes nacionais, vale lembrar a seção 2 do *Human Rights Act*, no Reino Unido, segundo o qual cortes “devem levar em consideração” decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos. No que diz respeito a outras cortes internacionais veja, por exemplo, a jurisprudência da Corte Europeia de Justiça em relação à Convenção Europeia. No entanto, deve-se destacar que cortes nacionais muitas vezes não levam em consideração a jurisprudência internacional. Veja, por exemplo, Letsas (2007). Sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, veja Neuman (2008). Sobre comitês de tratados do sistema ONU de direitos humanos, veja Mechlem (2009). Para estudos comparativos, veja Shelton (2008); Vanneste (2010).
2. Veja, no entanto, o artigo 29 da Convenção Americana e os artigos 60 e 61 da Carta Africana.
3. A Comissão Africana tem feito referência a alguns dispositivos da Convenção de Viena, mas nunca ao artigo 31.
4. A Comissão Africana tem, por vezes, recorrido a dicionários para determinar o significado de um dispositivo. Esse recurso raramente é utilizado pela Corte Europeia ou pela Corte Interamericana.
5. Ver, por exemplo, o voto em separado do juiz García Ramírez no caso *Raxcaco Reyes contra Guatemala* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005d, § 12).
6. Para ter acesso a uma lista de termos que, explicita ou implicitamente, as cortes europeia e interamericana consideraram ter sentidos autônomos, ver Vanneste (2010, p. 232-235).
7. Nota-se também que a Comissão Africana concluiu, em determinadas ocasiões, que foram violados não somente a Carta Africana, mas também outros tratados internacionais e mesmo instrumentos quase judiciais [*soft law*]. No futuro, veremos se a Corte Africana adotará essa mesma perspectiva. O Artigo 7º do Protocolo que estabelece a Corte dispõe que “a Corte deve aplicar os dispositivos da Carta e quaisquer outros instrumentos relevantes de direitos humanos ratificados pelos Estados em questão”. No entanto, a aplicação destes instrumentos é uma questão distinta de sua interpretação.
8. Isto inclui direitos de sindicatos e o direito à educação. Ver o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, artigo 19(6).
9. Nota-se que a Corte não menciona a posição da Comissão Africana sobre o tema.
10. As decisões da Comissão Africana foram citadas nos seguintes casos da Comissão Interamericana: *Maya indigenous communities of the Toledo district contra Belize* (INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2004, § 149) e *Equador contra Colômbia* (INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2010, § 117).
11. Veja, por exemplo, *Mamatkulov e Askarov contra Turquia* (medidas cautelares) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a); *Akdivar e Outros contra Turquia* (esgotamento dos recursos internos) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996); *Öcalan contra Turquia* (devido processo em casos de pena de morte) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005c); *Kurt contra Turquia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1998c), *Varnava e Outros contra Turquia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2009a) (desaparecimentos forçados); *Ergin contra Turquia (no 6) (cortes militares)* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006); *Šilih contra Eslovênia* (falta de investigação) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2009b); *Stoll contra Suíça* (liberdade de informação) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2007); *Zolotukhin contra Rússia (ne bis in idem)* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2009c); *Opuz contra Turquia* (responsabilidade do Estado) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2009d); *Lexa contra Eslováquia* (anistia) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2008).
12. A Convenção Americana e a Carta Africana também incluem uma proibição a tratamento ou punição cruéis. Não está claro em que medida o tratamento/pena cruel difere do tratamento/pena desumana.
13. Conforme o caso *Irlanda contra Reino Unido* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1978a, § 27), no qual o Juiz Fitzmaurice destacou em uma opinião separada que: “a título de curiosidade, as definições de alguns dicionários para ‘degradante’ e ‘degradada’ são apresentadas na nota de rodapé abaixo – mas, na língua coloquial, estes termos são usados de forma vaga e de maneira figurada (...). Desta forma, praticamente qualquer coisa que é considerada desagradável ou irritante pode ser considerada degradante pela pessoa afetada”.
14. Cf. COMITÊ DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (2006).
15. O conceito de castigo razoável foi abolido do direito costumeiro anglo-saxão em 2004.
16. Namíbia, África do Sul, Zâmbia e Zimbábue.
17. Veja, também, os casos: *Pryce contra Jamaica* (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2004); *Sooklal contra Trinidad e Tobago* (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2001); *Higginson contra Jamaica* (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2002).
18. Cf. a prática e opiniões de alguns estados, ver Nowak (2010, § 209-227).
19. Veja também a jurisprudência do Comitê, por exemplo, no caso *Abassi contra Argélia* (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2007).

ABSTRACT

Whether included in national bills of rights or regional or global human rights treaties, human rights are often vague. They require interpretation. The article illustrates how regional human rights tribunals have largely followed the rules for treaty interpretation set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties. In the interpretation of rights and their limitations the European Court has traditionally put greater emphasis on regional consensus than the Inter-American Court and the African Commission which often look outside their continents to treaties and soft law of the UN and the jurisprudence of other regional tribunals. However, there is a trend towards universalism also in the jurisprudence of the European Court. The article illustrates that the reasoning of the regional tribunals is sometimes inadequate. The quality of the reasoning of the tribunals is important as it provides states and individuals with predictability so that action can be taken to avoid human rights violations. Good reasoning may also help to achieve compliance with the decisions and societal acceptance on controversial issues.

KEYWORDS

Treaty interpretation – Regional human rights systems

RESUMEN

Incluidos en declaraciones nacionales de derechos o en tratados de derechos humanos regionales o mundiales, los derechos humanos a menudo carecen de precisión. Requieren de interpretación. El presente artículo ilustra la forma en que los tribunales regionales de derechos humanos han seguido en gran medida las reglas de interpretación de tratados establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En la interpretación de los derechos y sus limitaciones, tradicionalmente el Tribunal Europeo ha puesto mayor énfasis en el consenso regional que la Corte Interamericana y la Comisión Africana, que a menudo miran hacia fuera de sus continentes y recurren al derecho indicativo y tratados de Naciones Unidas y a la jurisprudencia de otros tribunales regionales. Sin embargo, se observa una tendencia hacia el universalismo también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo. El presente artículo muestra que el razonamiento que presentan los tribunales regionales suele ser inadecuado. La calidad del razonamiento es importante ya que les brinda previsibilidad a los Estados e individuos de modo que se puedan tomar medidas para evitar las violaciones de los derechos humanos. Un buen razonamiento también puede ayudar a lograr un mayor cumplimiento de las decisiones y aceptación social respecto de cuestiones controvertidas.

PALABRAS CLAVE

Interpretación de tratados – Sistemas regionales de derechos humanos